

*TRIBUNAL SUPREMO*  
*Sala de lo Penal*

**SEGUNDA SENTENCIA**

*Sentencia N.º* 901/2004

*RECURSO CASACION (P)* N.º 7/2004 P

*Señalamiento:* 01/07/2004

*Fecha Sentencia:* 08/07/2004

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Joaquín Giménez García

*Secretaría de Sala:* Sr. Auseré Pérez

*Escrito por:* MEM

- La medida de expulsión del extranjero penado
- Estudio del art. 89-1º C.P., L.O. 11/2003
- Necesidad de una lectura constitucional del precepto. Doctrina Jursprudencia del Tribuna Constitucional y TEDH
- El Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas pidió la sustitución de la pena por la expulsión, y así se acordó en la sentencia
- Admisión del recurso
- Nulidad de la medida de expulsión acordada

*RECURSO DE CASACIÓN N.º 7/2004P*

*Ponente Excmo. Sr. D. : Joaquín Giménez García*

Fallo: 01/07/2004

*Secretaría de Sala:* Sr. Auseré Pérez

***TRIBUNAL SUPREMO***  
*Sala de lo Penal*

*SENTENCIA N.º 901/2004*

*Excmos. Sres.:*

**D. Joaquín Giménez García**  
**D. José Ramón Soriano Soriano**  
**D. José Manuel Maza Martín**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a ocho de Julio de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **XXXXXX**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección I, de fecha 19 de Noviembre de 2003, por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Marcos Moreno.

## **I. ANTECEDENTES**

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción n.º 16 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado n.º 373/2003, seguido por delito contra la salud pública, contra **XXXXXX**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección I, que con fecha 19 de Noviembre de 2003 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"PRIMERO.- En la mañana del día 9 de febrero de 2003 en la entrada del poblado Las Barranquillas de esta ciudad, **XXXXXX**, con antecedentes penales no computables en este proceso a los efectos de la reincidencia, fue interceptado por agentes policiales, en el cacheo le incautaron escondida en su chaqueta una bolsa con una sustancia que una vez analizada resultó ser heroína con un peso de 380 gramos y una pureza del 24%; la sustancia estaba destinada a la venta a terceros y tenía un precio en el mercado ilícito de 18.707,40 euros.- **XXXXXX** presenta una importante adicción al consumo de heroína y cocaína y realizó los hechos a causa de esa adicción, para procurarse la droga". (sic)*

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

*"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a **XXXXXX** como autor responsable de un delito contra la salud pública, con la atenuante de drogadicción, a las penas de tres años de prisión con la accesoria inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18.707,40 euros, con arresto*

*de quince días en caso de impago; así como al pago de las costas procesales.- Se sustituye la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, al que no podrá volver en el plazo de diez años.- Se acuerda el comiso de la droga intervenida". (sic)*

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de XXXXXX, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

**PRIMERO:** Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1<sup>o</sup> de la LECriminal y de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de los arts. 89 del Código Penal y 24.1 de la C.E.

**SEGUNDO:** Por Quebrantamiento de Forma por vulneración de derechos fundamentales al amparo del art. 852 de la LECriminal y del art. 5.4 de la LOPJ (arts. 10, 17, 24 y 25 de la C.E.).

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 1 de Julio de 2004.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** La sentencia de 19 de Noviembre de 2003 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a XXXXXX como autor de un delito contra la salud pública, en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de tres años de prisión y multa, acordando la sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional.

Los hechos se refieren a la venta efectuada por el condenado de una papelina de heroína.

Se ha formalizado recurso de casación por XXXXXX que lo desarrolla en **dos motivos** que tienen como común denominador impugnar la expulsión del territorio español como sustitución de la pena de prisión.

**Segundo.-** Estudiamos conjuntamente ambos motivos por la íntima conexión que tienen. En efecto, en el **motivo primero**, por la vía del *error iuris* del art. 849-1<sup>o</sup> LECriminal denuncia como indebidamente aplicado el art. 89-1<sup>o</sup> del Código Penal por cuanto no se ha celebrado la preceptiva comparecencia para que el recurrente fuese oído en orden a la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión, petición que fue hecha *ex novo* por el Ministerio Fiscal en las conclusiones definitivas, y en el **motivo segundo** se denuncia la vulneración de los derechos a la dignidad, seguridad jurídica y defensa como consecuencia de la acordada expulsión.

La cuestión que motiva el recurso tiene una indudable importancia desde una triple perspectiva: a) del número, cada vez más creciente, de personas susceptibles de que se les aplique tal medida de seguridad por aumento del número de inmigrantes ilegales, b) desde la afectación directa que tiene la medida de expulsión en relación a otros derechos fundamentales de las personas afectadas, con independencia de su condición de inmigrante ilegal y, finalmente, c) porque la regulación actual del art. 89, en la redacción dada por la L.O. 11/2003 de 29 de Septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros constituye un ejemplo del vértigo legislativo que tiene por objeto el Código Penal. En efecto, por lo que se refiere al artículo 89, podemos contabilizar tres versiones diferentes en el corto espacio de tiempo de ocho años. La primera estuvo en vigor desde la vigencia del Código Penal --L.O. 10/95 de 23 de Noviembre-- hasta el 22 de Enero de 2001, la segunda versión dada por la L.O. 8/2000 desde el 23 de Enero de 2001 hasta el 30 de Septiembre de 2003, y la tercera --la actualmente en vigor-- dada por la L.O. 11/2003, estrenó su vigencia a partir del 1 de Octubre de 2003, no siendo ocioso recordar que cada versión ha ofrecido una versión más endurecida contra los emigrantes ilegales condenados por delitos.

Centrándonos en la regulación actualmente en vigor, que es la que estaba en vigor cuando se dictó la sentencia sometida al presente control casacional --de fecha 19 de Noviembre de 2003--, de ella podemos destacar, en lo que interesa al presente recurso, las siguientes notas:

a) Se produce un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, pues lo que desde la vigencia del actual Código era una decisión discrecional que podía adoptar el Tribunal sentenciador respecto de los condenados a penas inferiores a seis años "*...las penas privativas de libertad... podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional....*", se convierte en una conminación legal dirigida al juzgador en el actual art. 89-1<sup>o</sup> "*...las penas privativas de libertad.... serán sustituidas....*", de suerte que lo antes de la L.O. 11/2003 era una excepción frente a la regla general de cumplimiento de las penas de prisión, ahora se invierte, de modo y manera que sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario. No es difícil buscar la razón de tan importante giro en una filosofía puramente defensiva de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido en España dentro del marco legal previsto en el artículo, con el propósito confesado en la Exposición de Motivos de la Ley que se comenta, de "*...evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto....*", justificándose tal decisión porque la expulsión "*...se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido....*". En todo caso no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión.

b) Consecuencia de la imperatividad de la expulsión es que ha desaparecido del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado de la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase. Por contra, ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que "*la naturaleza del delito*" exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión.

c) El periodo de la efectividad de la expulsión, que antes era de tres a diez años, lo que permitía una individualización temporal de la medida, ahora es, en todo caso, de diez años.

Las dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión, han quedado aclaradas ya que se está en presencia de una medida de seguridad no privativa de la libertad como lo patentiza la reforma del art. 96 llevada a cabo --en este caso-- por la L.O. 15/2003 que entrará en vigor el 1 de Octubre de este año de 2004. En el párrafo 3º apartado segundo, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros.

Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona --sea o no inmigrante, ilegal o no-- que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado. Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba --y así está en la actualidad-- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado "*....olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir .... y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del*

*extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión....".*

En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundadamente y así:

a) La sentencia de 18 de Febrero de 1991 --caso *Moustaquim vs. Bélgica*-- declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el art. 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

b) La sentencia de 24 de Enero de 1993 --caso *Boncheski vs. Francia*-- se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

c) La sentencia de 26 de Abril de 1997 --caso *Mehemin vs. Francia*-- consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia --casado con francesa--, y la relativa gravedad del delito cometido -tráfico de drogas--; la reciente STEDH de 10 de Abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado Francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

d) La sentencia de 21 de Octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de Febrero de 1998 --*Dallia vs. Francia*-- ó la de 8 de Diciembre de 1998.

También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional -- SSTC 99/85 de 3 de Septiembre, 242/94 y 203/97--, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones --tal vez la esencial-- es "vivir juntos" --SSTEDH de 24 de Marzo de 1988, Olssen vs. Suecia, 9 de Junio de 1998, Bronda vs. Italia, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injetar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión.

Esta misma Sala en la STS 17/2002 de 21 de Enero --anterior a la actual regulación-- acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión --motivada-- corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las SSTS 330/98 de 3 de Marzo y 1144/2000 de 4 de Septiembre.

Desde esta doctrina pasamos a estudiar las concretas denuncias efectuadas por el recurrente:

a) Se denuncia la omisión del trámite de audiencia, al respecto hay que decir que en este aspecto, el art. 89 introduce, o parece introducir con su silencio, una innovación al eliminar el trámite. Sin perjuicio de reconocer que como innovación procesal, tal artículo es aplicable al caso de autos pues ya estaba vigente el momento de dictarse la sentencia, es lo cierto que la exigencia de la audiencia viene dictada o como ya hemos dicho, por la existencia de derechos relevantes que pueden ser sacrificados o anulados con tal decisión de expulsión, por lo que es preciso en una relectura del precepto en clave constitucional como ya hemos dicho, bien que tal audiencia pueda efectuarse dentro del propio Plenario. En el presente caso se ha acordado *sic et simpliciter* tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia, en consecuencia ya podemos anticipar que el recurso formalizado va a prosperar con consiguiente eliminación de la medida de expulsión acordada. Las demás denuncias son consecuencia de la decisión tan automática como infundada, que se adoptó en una aplicación literal del art. 89-1<sup>o</sup>.

b) Se denuncia lo sorpresivo de la petición del Ministerio Fiscal efectuada en el trámite de conclusiones definitivas.

Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer *ex ante* y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia --art. 16 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 del Convenio Europeo y art. 39 de la Constitución--.

c) Se denuncia la desproporción de la medida porque el recurrente fue condenado a tres años de prisión y ya ha cumplido, prácticamente, casi la mitad de la pena, con lo que la medida de expulsión en este caso, no sería sustitutoria de la pena sino acumulativa de esta. Tampoco le falta razón al recurrente.

d) Finalmente se denuncia el arraigo del penado en España, se dice en el motivo que reside en España desde hace 17 años, tiene constituida familia desde hace años, existiendo dos hijos menores nacidos en España que tiene bajo su patria potestad. No nos corresponde indagar sobre la veracidad y acreditación de tales afirmaciones, sólo verificar que la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del art. 89, que como ya hemos dicho es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado.

En tales casos, como ya hemos adelantado procede estimar no ajustada a derecho la decisión de expulsión, lo que se traduce en eliminar del fallo de la sentencia la orden de expulsión, dejando intacto el resto de los pronunciamientos.

Procede la estimación del recurso.

**Tercero.-** La estimación del recurso tiene por consecuencia la declaración de oficio de las costas causadas de acuerdo con el art. 901 LECriminal.

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de XXXXXX, contra la sentencia dictada por la Sección I de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 19 de Noviembre de 2003, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín**



En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción n.º 16 de Madrid, Procedimiento Abreviado n.º 373/2003, seguida por delito contra la salud pública, contra **XXXXXX**, nacido el 21 de Junio de 1956 en Bulgaria, hijo de Marín y de Ivandra, con NIE X-1260304 en prisión provisional por esta causa desde el 11.2.03; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, se hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

**Unico.-** Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Unico.-** Por los razonamientos incluidos en la sentencia casada, eliminamos el pronunciamiento de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del recurrente.

### **III. FALLO**

Que debemos eliminar del fallo de la sentencia de instancia el siguiente pronunciamiento: *"Se sustituye la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional al que no podrá volver en el plazo de diez años"*.

Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Joaquín Giménez García    José Ramón Soriano Soriano    José Manuel Maza Martín**

**PUBLICACIÓN.-** Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.